

Actualia

contractspraktijk

Het wetsvoorstel franchise: better think twice!

Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Franchise staat in juridisch opzicht in het brandpunt van de actualiteit. Op 17 februari 2016 is een zelfreguleringsinstrument, de Nederlandse Franchise Code (NFC), ingevoerd¹ en werd de Tweede Kamer door minister Kamp van Economische Zaken over de NFC geïnformeerd.² Naar aanleiding van een eerder concept-NFC stelde de Vereniging DFA, een specialisatievereniging voor juristen op het terrein van distributie-, franchise- en agentuurovereenkomsten, een ‘alternatieve gedragscode franchise’ op, die op 20 november 2015 werd gelanceerd.³

Op 12 april 2017 ging vervolgens een wetsvoorstel voor franchisewetgeving in internetconsultatie (hierna: het wetsvoorstel).⁴ Het wetsvoorstel bevat twee artikelen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), alsmede één artikel in de Overgangswet. De wet vormt in wezen een

‘wettelijke verankering’⁵ om franchiseovereenkomsten te onderwerpen aan de NFC, met als doel om:

‘(...) de positie van de franchisenemer – die doorgaans zwakker is dan die van de franchisegever – te versterken en er op die manier voor te zorgen dat zowel voorafgaand aan als na het sluiten van een franchiseovereenkomst de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer onderling meer in balans worden gebracht.’⁶

De noodzaak voor wetgeving wordt volgens de wetgever verder onder meer gevoed door een combinatie van veronderstelde knelpunten en door de franchisegever veroorzaakte misstanden (misbruik van het franchiseconcept voor misleidende handelspraktijken, verschil in machtspositie in de franchisebranche) en weerstand binnen de branche om de NFC integraal toe te passen.⁷

De internetconsultatie werd op 25 mei 2017 gesloten en leverde liefst 359 reacties op.⁸ Het merendeel daarvan betrof reacties van franchisenemers en franchisegevers en kan worden gekwalificeerd als ‘voor’ of ‘tegen’ een wettelijke regeling als zodanig, zonder een inhoudelijke reflectie op (de consequenties van) het wetsvoorstel.⁹

105

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Het ministerie van Economische Zaken heeft de totstandkoming van de NFC gefaciliteerd, onder meer door een voorstel te doen over de benoeming van een schrijfcommissie. Deze schrijfcommissie, die bestond uit vertegenwoordigers van zowel franchisegevers als -nemers, heeft met ambtelijke en logistieke ondersteuning van het ministerie van Economische Zaken een voorstel tot de NFC opgesteld. Dit voorstel is deels instemmend en deels kritisch ontvangen in de branche. Na een consultatieronde heeft de schrijfcommissie uiteindelijk de definitieve tekst van de NFC voorgesteld, die bij brief van 17 februari 2016 aan de minister van Economische Zaken is aangeboden.
2. <www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/02/17/de-nederlandse-franchise-code>.
3. <www.vereniging-dfa.nl/dfa-gedragscode-franchise/>.
4. <www.internetconsultatie.nl/franchise>.

5. Zie expliciet MvT, p. 9, of in de bewoordingen van M. de Koning een ‘wettelijk haakje’: Het ‘wettelijk haakje’ van de Nederlandse Franchise Code’, NJB 2017/18, p. 1251-1257.
6. MvT, p. 1 (waar in de voetnoten wordt verwezen naar de MvT, wordt steeds de MvT bij het wetsontwerp franchise bedoeld).
7. MvT, p. 5-11. Op p. 11 wordt opgemerkt dat het verzet tegen een gedragscode door bepaalde franchisegevers de noodzaak onderstreept ‘tot wettelijke verankering van de gedragscode om de positie van de franchisenemer te versterken’.
8. <www.internetconsultatie.nl/franchise/reacties>.
9. Daarnaast zijn inhoudelijke reacties van wetenschappers, bedrijfsjuristen en advocaten ingediend.

In dit artikel bespreken wij het wetsvoorstel vanuit civielrechtelijk perspectief.¹⁰ De mededingings- en staatsrechtelijke elementen van de wetgeving laten wij onbesproken; zie daarover met name De Koning in *NJB* en Houben in haar reactie op de internetconsultatie.¹¹ Een integrale bespreking van de NFC laten wij gezien het beperkte bestek van deze bijdrage eveneens achterwege, hoewel een uitstapje naar de NFC op onderdelen onvermijdelijk is, gelet op de koppeling tussen de wet en de NFC.¹²

2. De contouren van het wetsvoorstel: de NFC geldt, tenzij ...

Voor een goed begrip van de wijze waarop de wetgever de veronderstelde misstanden en knelpunten in de franchisesector wettelijk wil tegengaan, is een korte schets van het wetsvoorstel nodig. De beoogde nieuwe wet telt slechts drie artikelen. Het eerste artikel van de wet is gewijd aan een nadere definiëring van het begrip franchiseformule, franchisegever, franchiseovereenkomst en voorovereenkomst (art. 7:399f BW). Het hart van de beoogde franchisewet is artikel 7:399g BW, dat in het eerste lid bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur '(...) een gedragscode of een deel daarvan [kan] worden aangewezen', althans indien in die gedragscode zeven expliciet opgesomde onderwerpen worden geregeld. Die onderwerpen betreffen onder meer de werving en selectie van franchisenemers, het verstrekken van informatie, het aangaan van een voorovereenkomst, en buitengerechtelijke klachten- en geschillenbeslechtingprocedures. Over de gewenste *inhoud* van een regeling ten aanzien van deze onderwerpen zwijgt de wet verder. Deze gedragscode wordt niet alleen aangewezen, maar het is de bedoeling dat hij als uitgangspunt tussen franchisegever en -nemer geldt, tenzij partijen (a) in een duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding bepalen dat van de in de gedragscode opgenomen voorschriften wordt afgeweken en op welke wijze dat gebeurt, en (b) schriftelijk toelichten waarom daarvoor is gekozen. Indien een beding waarin wordt afgeweken van de gedragscode niet aan deze twee vereisten voldoet, kan het door de fran-

chisenemer worden vernietigd, aldus het vierde lid van artikel 7:399g BW.¹³

De wet kent dus geen enkele inhoudelijke bepaling, maar verwijst daarvoor louter naar de niet nader gedefinieerde 'gedragscode of deel daarvan'. Uit de memorie van toelichting (MvT) blijkt dat de gedragscode die de wetgever op het oog heeft de NFC is:

'De wettelijke verankering van de NFC wordt vormgegeven door de introductie van een nieuwe titel 6 in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) waarin een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst wordt opgenomen. Op basis van die regeling wordt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode of onderdelen daarvan aan te wijzen. In eerste instantie zal dat (een deel van) de NFC 2016 zijn.'¹⁴

De onderdelen die volgens de wet in een gedragscode moeten worden geregeld, worden dan ook niet toevallig allemaal al bestreken door de NFC. Door deze wetgevingsmethodiek krijgt private regelgeving, die niet door alle partijen in de branche wordt gedragen, dus in wezen kracht van wet. Daarnaast worden zwaardere eisen gesteld aan het afwijken van de NFC dan rechtens geldt voor aanvullend recht dat via het normale en met de nodige (parlementaire) waarborgen omklede wetgevingsproces tot stand is gekomen. In plaats van een enkele partijafpraak is een 'duidelijk en schriftelijk' beding nodig én moet worden uitgelegd waarom en op welke wijze partijen afwijken van het voorgeschreven regime. Wij vragen ons af of daar voldoende rechtvaardiging en legitimiteit voor bestaat en waar die dan in schuilt. De MvT zwijgt over dit merkwaardige verschil in behandeling tussen een regulier tot stand gekomen wet en de 'wettelijke' zelfregulering.

Opmerkelijk is ook dat de wetgever in de MvT de inhoud van deze beoogde wettelijke private regelgeving niet nader analyseert, en evenmin beschouwingen wijdt aan de vraag of de inhoud van de huidige¹⁵ versie van de NFC voldoende en ook proportioneel tegemoetkomt aan de doelstelling van de wetgever. Wij plaatsen daar vraagtekens bij. Van een wet die gestelde 'misstanden' wil tegengaan, kan onzes inziens meer worden gevraagd dan de enkele verwijzing naar de toepasselijkheid van een gedragscode die niet door de gehele branche wordt

10. Opgemerkt wordt dat J.H.M. Spanjaard een reactie op de internetconsultatie heeft gegeven. Hoewel deze reactie in dit artikel veelal terugkomt, benadrukken auteurs dat zij zich niet aan de inhoud van de reactie gebonden achten.

11. De Koning 2017; reactie I.S.J. Houben op <www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/89721c88-0de6-4074-ba71-4bc3c492e053>.

12. Voor een bespreking van de NFC verwijzen wij naar C.T. Klepper & E. Koekoek, *De Nederlandse Franchise Code: van zelfregulerende gedragsregels naar wet!*, ORP 2017/132; De Koning 2017, p. 1254-1257; J. Teunissen, *De NFC – Zelfregulering of formele wetgeving?*, *NJB* 2017/18, p. 1259-1261.

13. De wet is hier weinig precies: vermoedelijk doelt de wetgever op een *vernietigbaar* beding, dat vervolgens louter door de franchisenemer en niet ambtshalve door de rechter kan worden vernietigd. Lid 3 bepaalt verder dat bij AMvB nadere voorschriften kunnen worden gesteld over de vorm van de motivering en de wijze waarop die kenbaar wordt gemaakt. Het derde en laatste artikel van de beoogde wet is een overgangsbepaling: voor overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van de wet zijn gesloten, geldt de wet vijf jaar na inwerkingtreding.

14. MvT, p. 11-12. Zie ook p. 21: 'Beoogd wordt de NFC als gedragscode aan te wijzen.'

15. Daarnaast vragen wij ons af hoe de wetgever wil omgaan met nieuwe versies van de NFC en hopen wij dat de wetgever in de beoogde AMvB die de NFC als gedragscode aanwijst, nauwkeurig omschrijft welke versie van de NFC het betreft. Dat voorkomt dat vrijelijk wijzigingen in de NFC worden aangebracht, die vervolgens zonder de wettelijke waarborgen in wezen kracht van wet krijgen.

gedragen. Minst genomen zou de (noodzaak van) wet moeten worden gemotiveerd door enige belangrijke inhoudelijke bepalingen toe te lichten, aan te geven tot welke verbeteringen de ‘wettelijke’ NFC dan zou leiden en op welke wijze hiermee aan de doelstellingen van de wetgever tegemoet wordt gekomen.¹⁶

3. De ratio legis en het gebrek aan kwantitatief onderzoek

Nederland telt zo’n 750 franchiseformules – winkels, horeca en dienstverleners – met 30.000 franchisezaken en 280.000 werknemers, die tezamen goed zijn voor een jaaromzet van 30 miljard euro. Franchise wordt in diverse branches aangetroffen, van detailhandel tot motorbrandstoffen. In een in opdracht van de minister van Economische Zaken uitgebracht rapport uit 2009 is dan ook vastgesteld dat de sector als zodanig goed draait, ofschoon enige knelpunten worden signaleerd.¹⁷ Waarom is dan toch wetgeving aangewezen? Het primaire doel van het wetsvoorstel is gelegen in het versterken van de positie van de franchisenemer, zodat de wederzijdse belangen beter in balans worden gebracht: de onderhandelingspositie tussen beide partijen is scheef. De wetgever voegt daar meer specifiek aan toe dat de regeling erop is gericht om de informatiepositie van de franchisenemer te versterken en er tevens toe moet leiden dat het voor de franchisenemer eenvoudiger wordt om ‘de voor hem nadelige consequenties terug te draaien en genoegdoening te krijgen voor de schade die hij inmiddels als gevolg hiervan heeft geleden’.¹⁸ De wetgever rechtvaardigt dit door te wijzen op ‘geconstateerde knelpunten’ en ‘hardnekkige problemen’ in de sector.¹⁹

Volgens de MvT gaat het in de eerste plaats om problemen die voortkomen uit frauduleuze of misleidende handelspraktijken: zo komen malversaties voor van zich als bonafide franchisegevers profilerende partijen die niet bonafide blijken te zijn.²⁰ De problemen komen volgens de wetgever voort uit het grote verschil van onderhandelingspositie tussen franchisegever en -nemer.²¹ Dat zou ertoe leiden dat de franchisegever vooral veel rechten en de franchisenemer met name veel verplichtingen op zich neemt. Zo zouden de dwingend voorgeschreven formules en de exclusiviteit – zowel wat betreft het gebied waar de franchisenemer actief mag zijn als de verplichting tot exclusieve afname bij de franchisegever – aan ontplooiing van de franchisenemer in de weg staan.²² Ook signaleert de MvT dat franchisenemers verstrekende investeringen en andere verplichtingen aangaan voordat de franchiseovereenkomst is gesloten, zonder uitvoerig onderzoek te doen naar de verplichtingen die zij in het kader van de franchiseovereenkomst op zich nemen.²³

Kortom, de wetgever rechtvaardigt het wetsvoorstel door te wijzen op knelpunten en misstanden. Noch de toelichting bij het wetsvoorstel, noch het rapport waar de MvT naar verwijst, bevat echter statistische gegevens:²⁴ er wordt slechts in algemeenheden gesproken. Dit doet de vraag rijzen of de misstanden in de branche dermate erg zijn dat wetgeving noodzakelijk is. Is wetgeving een proportioneel instrument of moeten ‘de goeden’ al te zeer onder ‘de kwaden’ lijden? Het wetsvoorstel en de NFC baseren de noodzaak tot (private) regelgeving naar onze mening te zeer op louter *veronderstelde* misstanden, zonder dat daar een gedegen kwantitatief onderzoek aan ten grondslag ligt. Daardoor wordt de legitimatie van de wet wankel. Het is mogelijk dat kwantitatief onderzoek geen, mindere of andere misstanden aan het licht brengt dan verondersteld, zodat de noodzaak en/of inhoud van een wetsvoorstel anders zouden moeten worden ingekleurd. De MvT noemt ter nadere onderbouwing slechts dat er interviews zijn gehouden, ‘plenaire bijeenkomsten [zijn] gehouden met een grote groep belanghebbenden’, en dat ‘(...) de aanwezigen zich unaniem [hebben] uitgesproken voor de noodzaak om een franchise gedragscode op te stellen die houvast kan bieden (...)’.²⁵ Dat is echter iets anders dan dat wetgeving noodzakelijk is en gedragen wordt door bewezen misstanden.²⁶ Bovendien is (ons) niet duidelijk wie die belanghebbenden dan waren en of dat een representatieve afspiegeling was of niet.

Ook reflecteert (de toelichting op) het wetsvoorstel onvoldoende op de thans bestaande wettelijke waarborgen in de vorm van de regelingen over dwaling en algemene voorwaarden.²⁷ Deze leerstukken komen in de (veelal lagere) jurisprudentie weliswaar menigmaal onvoldoende uit de verf, maar naar onze mening ligt dat

16. In vergelijkbare zin: De Koning 2017, p. 1253-1254.

17. Rapport van het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (EMI): zie MvT, p. 5-6. Verder heeft (voormalig) Kamerlid Mei Li Vos op 7 februari 2014 Kamervragen gesteld over knelpunten in de franchise-sector: Aanhangsel Handelingen 2013/14, 1379.

18. MvT, p. 1.

19. MvT, p. 6.

20. Vgl. voor Spanje: O. Bueno Díaz, *Franchising in European contract law* (diss. UvA), München: Sellier 2008, p. 40-41. Kennelijk was in Spanje sprake van malafide ‘franchisegevers’ die een franchiseformule toezegden aan franchisenemers in spe, deze een entry fee lieten betalen en vervolgens met de noorderzon vertrokken. Dit heeft voor Spanje geleid tot een (publiekrechtelijke) registratieplicht voor franchisegevers. Vgl. ook I.S.J. Houben, J. Sterk & J.A.J. Devilee, *Codificatie of zelfregulering in de franchise-sector?*, MvV 2014/9, p. 240-250.

21. MvT, p. 6.

22. MvT, p. 6.

23. MvT, p. 6.

24. Ook in de hiervoor genoemde brief van Kamerlid Vos van 7 februari 2014, waarin zij rept van knelpunten, ontbreken statistische gegevens.

25. MvT, p. 8-9.

26. Houben, Sterk & Devilee 2014, p. 247-248 en 250.

27. De MvT, p. 6 vermeldt in algemene bewoordingen dat franchiseovereenkomsten aan het algemene overeenkomstenrecht zijn onderworpen en dat, omdat dit hoofdzakelijk regelend recht betreft, er ‘(...) veel vrijheid [bestaat] om franchiseovereenkomsten naar eigen inzicht in te richten. Doorgaans neemt de franchisegever hierbij het initiatief.’ Op het feit dat van een aantal van de wettelijke controlemechanismen maar beperkt kan worden afgeweken (zoals bij art. 6:233 sub a, art. 6:248 of de dwalingsregeling ex 6:228) wordt in de MvT verder niet ingegaan.

niet zozeer aan het wettelijk kader, maar meer aan de wijze waarop wordt geprocedeerd.²⁸

4. Worden de veronderstelde misstanden dan aangepakt door de beoogde wet?

Nog afgezien van de vraag naar de onderbouwing van de in de vorige paragraaf weergegeven knelpunten en misstanden, vragen wij ons ook af of het wetsvoorstel en de NFC deze voldoende bevechten. Drie van deze knelpunten worden naar onze inschatting in ieder geval niet opgelost.²⁹

Het wetsvoorstel en de NFC bieden naar onze mening in de eerste plaats geen adequate oplossing tegen misleidende of frauduleuze handelspraktijken, hetgeen zoals hiervoor weergegeven een belangrijk punt van de wetgever is: de NFC wijdt daar geen bijzondere bepaling aan en biedt daar ook geen andere waarborgen voor.³⁰

Een tweede knelpunt dat in de vorige paragraaf werd genoemd, exclusiviteit, wordt in de NFC weliswaar onder ogen gezien, maar tegelijkertijd wordt de noodzaak tot exclusiviteit erkend. De NFC gaat er dan ook van uit dat afspraken over exclusiviteitsrechten geoorloofd zijn, maar wel helder, proportioneel en onderbouwd moeten worden weergegeven.³¹ Franchiseformules – en distributierelaties, het neefje van de franchise – worden immers dikwijls beheerst door exclusiviteit. Als een winkel in een bepaalde formule moet worden geëxploiteerd omdat juist die formule commerciële kracht geeft, is het in het belang van beide partijen – zowel franchisenemer als franchisegever – dat de formule strikt wordt nageleefd en dat de franchisenemer zich daartoe exclusief aan de franchisegever verbindt. Exclusiviteit is in het kader van distributie- en franchiseovereenkomsten ook expliciet erkend in het Europese (en daarmee Nederlandse) mededingingsrecht.³² Het mededingingsrecht bevat voldoende handvatten om al te onredelijk bezwarende concurrentiebeperkingen tegen te gaan, met als ultieme sanctie het vervallen van de

exclusiviteit.³³ De NFC verbiedt exclusiviteitsafspraken als zodanig dus niet.

Een ander knelpunt – contractuele onevenwichtigheid – is simpelweg een gevolg van vraag en aanbod en kan nooit (helemaal) worden voorkomen, ook niet door de NFC. De franchisegever heeft nu eenmaal iets (een formule) wat de franchisenemer wil en waarmee hij verwacht voordelen te kunnen behalen. Hij is bereid zich daarvoor aan de franchisegever te conformeren. Dat is een kwestie van vraag en aanbod, waarbij het de franchisenemer duidelijk moet zijn waaraan hij zich bindt en waarvan de inhoud niet onredelijk bezwarend mag zijn. Als de franchisenemer zich niet wil binden, komt er geen overeenkomst tot stand. Uitgangspunt – ook van de wet – is dat franchisenemer en franchisegever zelfstandige ondernemers zijn, die ieder hun eigen belang nastreven. Dit beginsel wordt in de rechtspraak ook onderkend. Om een voorbeeld te geven: *dé* franchisezaak van 2016 betrof de procedure tussen Albert Heijn en haar franchisenemers over (onder meer) de opbrengsten van de AH Bonus. De insteek van de franchisenemers was dat zij mochten meeprofitieren, ook al was daar in de franchiseovereenkomst niets over afgesproken. Een kwestie van contractsfatsoen, meenden zij.³⁴ De rechtbank wees de vordering af: het gaat in het contractenrecht om contractsvrijheid en het daaraan gekoppelde beginsel dat afspraken moeten worden nagekomen. Waar geen afspraken zijn gemaakt over de AH Bonus, kunnen de franchisenemers daar geen aanspraak op maken.³⁵ Het opleggen van een vergaande bescherming aan de franchisenemer zou zich slecht verhouden met het beginsel van contractsvrijheid dat het Nederlandse contractenrecht eigen is en dat ook door de NFC (terecht) wordt gerespecteerd.³⁶

Naar onze inschatting gaat de wetgever dus zonder deugdelijke fundering uit van misstanden, terwijl daar de nodige kanttekeningen en nuanceringen bij kunnen worden geplaatst. Deze misstanden vormen wel het fundament voor de lancering van het wetsvoorstel. Vervolgens biedt het wetsvoorstel ook onvoldoende middelen om een aantal van deze veronderstelde misstanden en overige knelpunten het hoofd te bieden door enkel te verwijzen naar de toepasselijkheid van de NFC. In de volgende paragraaf vervolgen wij onze bespreking van het wetsvoorstel met enige andere preliminaire punten (de plaats in de wet en het feit dat niet gekozen is voor de standaardregeling), waarna we vanaf paragraaf 6 enige overige opmerkingen plaatsen bij de inhoud.

28. Vgl. het artikel van J.H.M. Spanjaard, Dwalen over franchise, in deze aflevering van *Contracteren*.

29. Wij bespreken hierna de knelpunten die in het wetsvoorstel en de NFC niet worden aangepakt. De MvT noemt op p. 6 nog het knelpunt dat de franchisenemer in spe voor het sluiten van de franchiseovereenkomst investeringen pleegt of andere verplichtingen aangaat en daarna overhaast tot het sluiten van de franchiseovereenkomst overgaat zonder voldoende kritisch te zijn over de rechten en verplichtingen uit de franchiseovereenkomst. Dit onderwerp wordt in het wetsvoorstel en de NFC wel aangepakt. Gezien het beperkte bestek van deze bijdrage, bespreken wij verder niet de wijze waarop dit gebeurt.

30. MvT, p. 7.

31. Art. 4.6 sub h NFC.

32. Vgl. de in art. 7:399f onder a 2e BW genoemde groepsvrijstellingsverordening 330/2010 (PbEU 2010, L102).

33. Vgl. in dit kader HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347 (BP/Benschop): de sanctie op een te lange exclusiviteit was het wegvallen van de exclusiviteit.

34. Waarbij juridisch een beroep werd gedaan op het arrest *Baris/Riezenkamp* (HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67): bij de totstandkoming en uitvoering van een overeenkomst moet een partij zich niet uitsluitend haar eigen belangen aantrekken, maar ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van haar contractspartner.

35. Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, *NTHR* 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn).

36. In vergelijkbare zin: I.S.J. Houben, Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer, *Ars Aequi juli/augustus* 2017, p. 606-609.

5. Plaats in de wet en waarom niet gekozen voor de standaardregeling?

De keuze van de wetgever om de wet in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek op te nemen, is gerechtvaardigd: de franchiseovereenkomst is een bijzondere overeenkomst en wetgeving moet dus gehuisvest worden in Boek 7. Wel vragen wij ons af waarom gekozen is voor de artikelen 7:399f en 7:399g BW, direct aansluitend op de afdeling over pacht. Zou het niet meer voor de hand hebben gelegen te kiezen voor een van de braakliggende artikelen tussen artikel 7:468 BW (geneeskundige behandelingsovereenkomst) en artikel 7:500 BW (reisovereenkomst)? Nu wekt de wet de indruk ofwel er willekeurig ingepast te zijn, ofwel gezien de letterextensie van Europese afkomst te zijn.³⁷ Daarnaast vragen wij ons af waarom niet is gekozen voor de standaardregeling.

Artikel 6:214 BW kent de mogelijkheid van het invoeren van een standaardregeling. Deze mogelijkheid is in 1992 in het BW neergelegd.³⁸ Het artikel bepaalt dat een standaardregeling voor een bedrijfstak of een beroep kan worden vastgelegd. De standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door de minister van Veiligheid en Justitie te benoemen commissie. Zodra de standaardregeling is voltooid, wordt zij bij koninklijk besluit goedgekeurd en het goedkeuringsbesluit wordt in de *Staatscourant* afgekondigd.³⁹ Daarna wordt de standaardregeling van kracht. Bij standaardregeling kan van regeland recht worden afgeweken.⁴⁰ Partijen kunnen bij overeenkomst van een standaardregeling afwijken, waarbij de standaardregeling vormvoorschriften kan bevatten.⁴¹ Deze vormvoorschriften moeten op straffe van nietigheid worden nageleefd.⁴²

De standaardregeling kan dus als een soort algemene voorwaarde werken. Voordeel is dat de standaardregeling automatisch van toepassing is op overeenkomsten binnen de bedrijfstak of het beroep. De standaardregeling hoeft dus niet – anders dan voor algemene voorwaarden is bepaald in artikel 6:233 onder b BW – aan de wederpartij te worden verstrekt. De standaardregeling kan tot op heden overigens niet op veel enthousiasme rekenen: sinds de invoering van artikel 6:214 BW in 1992 is er nog geen standaardregeling verschenen. De reden hiervoor is dat het opstellen en implementeren van algemene voorwaarden in de praktijk eenvoudiger is gebleken. Maar dat is nu juist niet de bedoeling van het wetsvoorstel franchise: dat voorziet in het opleggen van de NFC. De standaardregeling van artikel 6:214 BW is bij uitstek bedoeld voor een dergelijke juridische tech-

niek en zou een bepaling kunnen bevatten gelijk aan artikel 7:399g lid 2-4 BW. Daarmee zou artikel 7:399g BW niet meer nodig zijn. De NFC geldt dan als standaardregeling branchebreed. Daarnaast is de standaardregeling met meer waarborgen omkleed dan de wettelijke verwijzing naar een brancheregeling, waar het wetsvoorstel franchise van uitgaat.⁴³ Bij de standaardregeling moet de minister van Veiligheid en Justitie immers onder meer een (toezichthoudende) commissie aanwijzen en gelden nadere eisen voor de samenstelling van deze commissie. De precieze standaardregeling wordt bij koninklijk besluit goedgekeurd en openbaar gemaakt, maar partijen mogen een afwijkende regeling treffen (art. 6:214 lid 4 en 5 BW).⁴⁴ Een en ander biedt meer waarborgen dan het huidige wetsvoorstel. Het is (ons) niet duidelijk en wij begrijpen niet waarom de wetgever hiervoor niet gekozen heeft.

Wij beseffen dat dit punt mosterd na de maaltijd is, omdat de schrijfcommissie die door de minister van Economische Zaken is ingesteld om de NFC te concipieren niet voldoet aan de commissie die in artikel 6:214 lid 2 BW is bedoeld. Dat is wat ons betreft een gemiste kans.

6. Reikwijdte wet en begrip franchise

6.1 Kwalificatie en definitie

Het wetsvoorstel is beperkt tot franchiseovereenkomsten. Het laat andere vormen van commerciële samenwerking onverlet, zoals de handelsagentuur, consignatie, commissie en distributie. Wij denken dat het heel goed denkbaar is dat partijen die de regeling voor franchise te veel vinden knellen, hun toevlucht willen zoeken in een van de andere samenwerkingsvormen, zodat zij aan de wet kunnen ontsnappen. Deze vlucht leidt dan in procedures tot kwalificatievragen: Hoe moet de overeenkomst worden geduid? Is zij franchise of niet? Deze metadiscussies leiden af van waar het partijen werkelijk om te doen is: is de verplichting die wordt opgelegd redelijk?

De franchiseformule wordt in artikel 7:399f BW gedefinieerd als ‘de overeenkomst waarbij de franchisegever aan de franchisenemer tegen betaling van een geldelijke vergoeding, het recht verleent om een franchiseformule op een aangewezen wijze te exploiteren voor de afzet van goederen of diensten (...)’. Wij signaleren twee problemen.

In de eerste plaats denken wij dat het voorschrift dat het moet gaan om een ‘geldelijke’ vergoeding te beperkend is. De vergoeding kan ook in andere vormen dan geld plaatsvinden. Daarbij laten wij dan nog de vraag rusten of betaling in bijvoorbeeld bitcoins onder ‘geldelijke vergoeding’ valt. Ons bezwaar verhoudt zich met artikel

37. Veel implementatiewetten van Europese richtlijnen zijn immers herkenbaar aan een letter achter het wetsartikel: art. 6:119a, art. 6:193a, art. 6:227a, art. 6:230a en art. 6:230g BW.

38. Nader over de standaardregeling ook De Koning 2017, p. 1252-1253..

39. Art. 6:214 lid 3 BW.

40. Art. 6:214 lid 4 BW.

41. Art. 6:214 lid 5 BW.

42. Art. 3:39 BW.

43. Zie nader De Koning 2017, p. 1252-1253.

44. Weliswaar kan de standaardregeling bepalen dat dit in een bepaalde vorm moet geschieden, maar een vereiste dat dit moet worden uitgelegd zoals in het wetsvoorstel franchise, geldt niet.

7:201 BW, dat in geval van huurovereenkomsten de huurder verplicht tot een ‘tegenprestatie’, zonder deze te specificeren.

In de tweede plaats wordt niet gedefinieerd wat het begrip ‘franchise’ precies inhoudt. De definitie van A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie voor het arrest Paalman/Lampenier vinden wij goed bruikbaar:

‘Een franchiseovereenkomst is een overeenkomst krachtens welke de franchisegever de wederpartij, franchisenemer, tegen rechtstreekse of indirecte geldelijke vergoeding het recht verleent een franchiseonderneming te exploiteren voor de afzet van bepaalde type goederen en/of de verrichting van bepaalde diensten. Deze overeenkomst omvat tenminste verplichtingen met betrekking tot de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van belangrijke know-how.’⁴⁵

Aan deze definitie kan nog worden toegevoegd dat de franchisenemer de plicht heeft de franchiseonderneming te exploiteren, omdat de kern van de verplichtingen van de franchisenemer is gelegen in de exploitatie van een onderneming in de formule van de franchisegever.⁴⁶ Op deze wijze past de definitie van franchise ook beter bij andere definitiebepalingen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals die van de koopovereenkomst (art. 7:1 BW), de huurovereenkomst (art. 7:201 lid 1 BW), de pachtovereenkomst (art. 7:311 BW), de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 lid 1 BW), de agentuurovereenkomst (art. 7:428 lid 1 BW) en de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 lid 1 BW). Een dergelijke positieve definitie van wat het rechtsgebied nu inhoudt, helpt de praktijk.

Artikel 7:399f sub a BW bepaalt dat de franchiseformule in ieder geval – kort gezegd – IE-rechten én knowhow in de zin van de Groepsvrijstellingsverordening 330/2010 moet bevatten. Hierbij kan de vraag worden gesteld of deze cumulatieve vereisten voor een franchiseformule niet te eng geformuleerd zijn en contractspartijen niet te veel *escapes* bieden. Het begrip knowhow moet door de expliciete koppeling aan de eerdergenoemde verordening verordeningsautonoom worden uitgelegd,⁴⁷ waar de rest van de wet en de NFC nationaal-rechtelijk moeten worden uitgelegd. Deze discrepantie is niet nodig en achten wij ook onwenselijk: ofwel er wordt gekozen voor een Haags product, ofwel voor een Brussels product. Deze hybride figuur zal naar onze inschatting in de rechtspraak aanleiding geven voor vragen. Een oplossing als in Italië, waar het begrip knowhow uit de verordening is geknipt en zonder ver-

wijzing in de nationale rechtsorde is gekopieerd, zou soelaas kunnen bieden.⁴⁸

Verder geeft artikel 7:399f sub e BW een definitie van de in franchiserelaties vaak voorkomende voorovereenkomst: een ‘overeenkomst waarin de verplichtingen zijn opgenomen die in verband met de besprekingen over het mogelijk aangaan van een franchiseovereenkomst op de franchisegever en de franchisegever rusten’. Het begrip ‘voorovereenkomst’ zou naar onze mening een prominenter, van de franchiseovereenkomst geabstraheerde plaats moeten krijgen in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voorovereenkomsten⁴⁹ komen niet uitsluitend bij franchiseovereenkomsten voor, maar ook daarbuiten. Daarbij kan worden gedacht aan overnameovereenkomsten, distributieovereenkomsten, koopovereenkomsten voor onroerende goederen en samenwerkingsovereenkomsten. In dit kader denken wij aan toevoeging van een nieuw artikellid aan artikel 6:226 BW, dat als volgt kan luiden:

‘Onder voorovereenkomst wordt verstaan een overeenkomst waarin verplichtingen zijn opgenomen in verband met de onderhandelingen over het mogelijke aangaan van een nadere overeenkomst.’

Deze definitie is wat ons betreft niet alleen voor franchiserelaties zinvol, maar kan ook voor andere soorten juridische relaties worden gebruikt.

6.2 Focus op de NFC

Artikel 7:399g BW, op grond waarvan een aantal onderwerpen in een gedragscode moet worden geregeld, sorteert geheel en al voor op de NFC, wat ook in de MvT wordt erkend.⁵⁰ Dit heeft als gevaar dat indien te eniger tijd blijkt dat de NFC niet meer past in de franchisebranche – bijvoorbeeld door voortschrijdend inzicht –, niet alleen de gedragscode moet worden aangepast, maar ook de wet. Stel dat het besef rijst dat collectief overleg of kennis over andere franchisenemers geen issue meer is, terwijl artikel 7:399f BW thans voorschrijft dat een gedragscode een regeling te dien aanzien moet bevatten, dan zou de wet nutteloos zijn. Dat zou dan kunnen worden opgelost door de gedragscode als volgt in te richten: ‘Collectief overleg: n.v.t.; Andere franchisenemers: n.v.t.’. Wij betwijfelen of dat zinvol is en denken dat het aanbeveling verdient om niet in detail alle onderwerpen op te sommen die in een brancheregeling moeten zijn opgenomen. Gedacht kan dan worden om in artikel 7:399g BW het navolgende te bepalen:

‘Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of deel daarvan worden aangewezen.’

Of, als toch enige sturing zou worden gegeven:

45. Conclusie A-G Wesseling-Van Gent voor HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), par. 2.6.

46. Vgl. de reactie op de internetconsultatie van Bueno Díaz 2008, p. 3. Te raadplegen onder <www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/cccf4735-f421-4674-81c3-bbfee654aa4e>.

47. Vgl. de interpretatie van art. 6 Mw (kartelverbod), 24 Mw (verbod op misbruik van een economische machtspositie) en 28 Mw (concentratie), die gelet op hun Europese oorsprong ook Europeesrechtelijk worden geïnterpreteerd; HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, NJ 2010/140 (Prisma).

48. Art. 1 Legge 129/2004 ‘Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale’, Gazzetta Ufficiale 2004/120. Vgl. ook Houben, Sterk & Devilee 2014, p. 244.

49. Ook wel bekend als intentieovereenkomst, *letter of intent*, *memorandum of understanding* en *heads of agreement*.

50. MvT, p. 11.

‘Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of deel daarvan worden aangewezen. Deze gedragscode kan voorschriften bevatten met betrekking tot (...)’.

Door vorenstaande bepaling heeft de wetgever ruimte om een gedragscode te implementeren zonder aan te veel randvoorwaarden te zijn gebonden.⁵¹

Een nadeel is dat de NFC hoofdzakelijk open normen bevat. Deze normen zijn dermate onduidelijk geformuleerd dat toepassing ervan in de praktijk tot onduidelijkheid kan leiden. Zo noemt artikel 7:399 lid 1 onder b 2e BW het vereiste van een omzetprognose, waarover artikel 3.6 onder e NFC bepaalt dat ‘bij voorkeur’ een onderbouwde prognose wordt verstrekt. De franchise-nemer zal de prognose willen ontvangen; de franchisegever zal onder verwijzing naar de woorden ‘bij voorkeur’ kunnen stellen dat hij geen prognose hoeft te verstrekken. Onduidelijk is of de verplichting tot het verstrekken van de prognose nu wel of niet bestaat. Naar huidig recht bestaat een dergelijke verplichting niet.⁵² Door de open normen in de NFC boet de wet aan kracht in.

6.3 Bindende kracht NFC, tenzij ...

Lid 2 van ontwerpartikel 7:399g BW leidt ertoe dat de NFC van toepassing is en nageleefd dient te worden, tenzij (1) bij duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding daarvan wordt afgeweken en wordt aangegeven op welke wijze dat geschiedt, en (2) wordt uitgelegd waarom de code niet wordt toegepast. Deze toelichting moet volgens de MvT ‘deugen’.⁵³ Volgens de MvT wordt onder ‘deugen’ verstaan dat uitgelegd wordt waarom een bepaald voorschrift of element uit de NFC in een specifieke situatie of branche niet werkbaar is.⁵⁴ Wat onder ‘niet werkbaar zijn’ moet worden verstaan, is niet aangegeven. Dient hieronder te worden verstaan dat het in absolute zin niet werkbaar is of dat redelijkerwijze van partijen (dan wel een van de partijen) niet gevergd kan worden de NFC na te leven? En wat nu als partijen bij het aangaan van de overeenkomst het eens waren dat de naleving van een bepaling niet werkbaar was, maar dit later wel werkzaam blijkt? Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat aanvankelijk geen scholing binnen een formule bestaat en dat later wel een opleidingstraject tot stand komt. Artikel 7:399g lid 2 BW staat in de visie van de wetgever bloot aan volledige rechterlijke toetsing en dus niet slechts aan een marginale toets

(‘hebben partijen in redelijkheid tot dit besluit kunnen komen’). Of een beding ‘niet werkzaam’ is, zal al snel ‘in the eye of the beholder’ zijn.⁵⁵

Niet alleen moet worden uitgelegd waarom de NFC niet wordt toegepast, maar volgens artikel 7:399 lid 2 BW moet in de franchiseovereenkomst ook met een ‘duidelijk en begrijpelijk’ beding zijn bepaald dat van de NFC wordt afgeweken en op welke wijze dat gebeurt. Het begrip ‘duidelijk en begrijpelijk’ lijkt te zijn ontleend aan de Europese rechtspraak inzake de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁵⁶ Maar omdat de franchiseovereenkomst niet als een dergelijke overeenkomst kwalificeert, is deze rechtspraak natuurlijk niet rechtstreeks van toepassing.⁵⁷ Naar Europees recht moet een beding niet alleen grammaticaal en juridisch duidelijk en begrijpelijk zijn, maar ook in economisch opzicht. Doel is dat de consument aan de hand van het beding een overwogen keuze kan maken over het aangaan van de overeenkomst en wat hem dat gaat kosten.⁵⁸ Naar onze inschatting kan van een franchise-nemer echter meer financieel-economische kennis worden verwacht dan van een consument en zouden dus ook minder hoge eisen aan de economische duiding moeten worden gesteld. Niet geheel duidelijk is of zo’n ‘duidelijk en begrijpelijk’ beding ook in de algemene voorwaarden kan zijn opgenomen. De opmerking in de MvT dat ook de algemenevoorwaardenregeling nog ‘een beperking [kan] opwerpen tegen afwijkende bedingen’ en dat de motivering ook in een bijlage bij de overeenkomst kan worden opgenomen, suggereert dat dat het geval kan zijn (zie nader par. 8).⁵⁹

Zoals in paragraaf 2 al kort aangestipt, is de in artikel 7:399g BW gekozen systematiek naar onze mening in zijn geheel te knellend, met het dubbele voorschrift dat duidelijk en begrijpelijk van de NFC moet worden afgeweken én dat moet worden uitgelegd op welke wijze wordt afgeweken en om welke reden dat is. Indien franchise-nemer en franchisegever er in onderling overleg en na juridische bijstand te hebben ingeschakeld voor kiezen de NFC niet toe te passen en dat als zodanig in hun overeenkomst opschrijven maar een uitleg achterwege laten, zal naar onze mening niet aan die partijwil mogen worden getornd. Ook niet als de franchise-nemer later bijvoorbeeld spijt krijgt van zijn beslissing. Daarbij komt dat dikwijls ook de franchise-nemer een belang kan hebben bij afwijking van de NFC, bijvoorbeeld ten aanzien van de onderzoeksplicht met betrekking tot de

51. Zie wel nog ons in par. 2 en 6.3 verwoorde algemene bezwaar over de gekozen systematiek (een niet inhoudelijk getoetste gedragscode krijgt kracht van wet, maar voor het afwijken daarvan gelden zwaardere eisen dan bij een wet die met de nodige inhoudelijke waarborgen omkleed tot stand is gekomen).

52. HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), r.o. 3.3.3.

53. MvT, p. 12: ‘Het volstaat niet wanneer duidelijk en begrijpelijk wordt bepaald dat wordt afgeweken, in de zin dat de franchise-nemer snapt wat er staat. Er moet ook een “deugdelijke” motivering worden gegeven voor de afwijking in de zin dat helder dient te zijn gemotiveerd waarom die specifieke afwijking nodig is. Met andere woorden, uitgelegd moet worden waarom een bepaald voorschrift of element uit de gedragscode in een specifieke situatie of branche niet werkbaar is.’

54. MvT, p. 12.

55. MvT, p. 35-38.

56. Ri 93/13, PbEG 1993, L095, p. 29-34.

57. Vgl. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, RvdW 2016/644 en JOR 2016/220.

58. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler). Vgl. naar Nederlands recht: Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 (SDB & Euribar/ABN AMRO).

59. Verwarrend is wel dat in de MvT elders (p. 35) is bepaald dat afwijking van de gedragscode enkel is toegestaan ‘indien deze afwijking expliciet tot uitdrukking wordt gebracht in een duidelijk en begrijpelijk beding in de franchiseovereenkomst (...)’ Niet duidelijk is of de wetgever hiermee ook doelt op bij de overeenkomst behorende algemene voorwaarden.

inhoud van de door de franchisegever verstrekte informatie (art. 3.7 NFC), ook al is zo'n verplichting in de woorden van de MvT 'werkbaar'. Artikel 7:399g BW leidt ertoe dat de gedragscode een sterkere wettelijke status krijgt dan aanvullend recht dat met inachtneming van het reguliere wetgevingsproces tot stand komt. Waar van regeland recht met een normaal beding kan worden afgeweken, zou dat bij deze vorm van zelfregulering, waar geen inhoudelijke wetgevingstoets heeft plaatsgevonden, in een gekwalificeerde vorm dienen te geschieden. De wetgever geeft daar geen enkele rekschap van. Wij zien onvoldoende rechtvaardiging voor deze merkwaardige systematiek, die een gedragscode een sterkere wettelijke status geeft dan een regulier tot stand gekomen wet.

6.4 Geschillenbeslechting, overgangswet

Een opmerkelijk punt is verder dat artikel 5 NFC door het wetsvoorstel kracht van wet zou krijgen. Dat bevat een geschillenbeslechtingsclausule die de Geschillencommissie Franchise bevoegd maakt advies te geven. Onduidelijk is of hier eigenlijk bedoeld is: 'van geschillen kennis te nemen'. Deze geschillencommissie bestaat nog niet. De geschillencommissies die bestaan, zijn geen adviescolleges, maar leveren arbitrage en bindend advies. Als artikel 5 NFC in combinatie met artikel 7:399g BW zo moet worden uitgelegd dat geschillenbeslechting door arbitrage of bindend advies plaatsvindt, dan leidt de nieuwe wet ertoe dat partijen de gang naar de overheidsrechter wordt ontnomen. Dat wringt met artikel 17 van de Grondwet, dat ertoe strekt dat niemand kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Dat kan alleen anders zijn indien partijen expliciet kiezen voor een andere vorm van geschillenbeslechting, zoals arbitrage. Maar dat is een ander geval. Partijen moeten dan een contractueel beding met die strekking overeen zijn gekomen dat voldoet aan bijvoorbeeld artikel 1020 van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv). De door de wetgever geprefereerde route zou tot een dwingende wettelijke route naar arbitrage of bindend advies leiden. Dat is rechtens onhoudbaar.

Indien partijen een forumkeuzeclausule in hun overeenkomst opnemen, zal dit tevens een afwijking van de NFC inhouden die een 'deugdelijke' motivering behoeft. Dit lijkt ons niet correct. Een geschillenbeslechtingsclausule die de gang naar de overheidsrechter aanwijst, is niet in het nadeel van de franchisenemer en mag ons inziens niet vernietigd worden.

Het wetsvoorstel voorziet ook in overgangsrecht. Het bepaalt dat de wet onmiddellijk werkt voor nieuwe franchiseovereenkomsten, maar dat voor oude franchiseovereenkomsten een *terme de grace* van vijf jaar vanaf inwerkingtreding van de wet geldt om deze aan te passen aan de wet en de NFC.

6.5 Ontbrekende onderdelen in het wetsvoorstel⁶⁰

Het is opvallend dat het wetsvoorstel geen onderscheid maakt naar de omvang en professionaliteit van franchisegevers en franchisenemers. In de toelichting worden daar ook geen overwegingen aan gewijd, ofschoon zich onder de franchisenemers grote en gespecialiseerde ondernemingen bevinden waarbij de ongelijkwaardigheid in onderhandelingspositie en de kans op misstanden minder snel aan de orde zijn.

Naar onze mening zijn er goede gronden om de reikwijdte van de wet te beperken tot uitsluitend kleinere franchisenemers. Het zijn met name deze franchisenemers die geen reële onderhandelingspositie hebben en jegens wie de kans op misstanden bestaat. De *ratio legis* van het wetsvoorstel en de beschermingsgedachte die daar achter schuilgaat, geldt dan ook in wezen louter voor deze kleinere franchisenemers. Een vergelijkbare systematiek kenmerkt de algemenevoorwaardenregeling: artikel 6:235 lid 1 BW maakt duidelijk dat de bescherming van de algemenevoorwaardenregeling niet toekomt aan – kort gezegd – grote wederpartijen. Mede gezien de in paragraaf 7 beschreven gelijkenissen met de algemene voorwaarden, denken wij dat het de overweging waard is om ten aanzien van franchiseovereenkomsten een vergelijkbare systematiek te volgen en een nieuw artikel 7:399h BW op te nemen, dat analoog aan artikel 6:235 als volgt kan luiden:

'Op de vernietigingsgronden bedoeld in artikel 7:399g lid 4 kan geen beroep worden gedaan door

a. een franchisenemer die een rechtspersoon bedoeld in artikel 360 van Boek 2 is, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 403 lid 1 van Boek 2 is toegepast;

b. een franchisenemer op wie het onder a bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij hem vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij hem vijftig of meer personen werkzaam zijn.'

Met een dergelijke bepaling wordt aan de grondgedachte van het wetsvoorstel – bescherming bieden aan de franchisenemer die zich in een afhankelijke positie bevindt – meer recht gedaan.

Het bestek van deze bijdrage verhindert om nader in te gaan op een aantal andere bepalingen die wat ons betreft al dan niet in een franchisewet zouden moeten worden opgenomen, zoals ten aanzien van de huur van bedrijfspanden.⁶¹

60. Deze paragraaf is ontleend aan de reactie van J.H.M. Spanjaard op de internetconsultatie: <www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/975ef3e5-ddbf-409a-8814-c01814e3a0c2>.

61. Zie daarover nader J.H.M. Spanjaard, die in par. 6.3 van zijn reactie op de internetconsultatie voorstelt om daar een nieuw artikel aan te wijden: zie <www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/975ef3e5-ddbf-409a-8814-c01814e3a0c2>.

7. De noodzaak van precontractuele disclosure in franchiserelaties

Een belangrijk element dat de wetgever in de gedragscode vastgelegd wil zien, is de implementatie van precontractuele informatieplichten. De MvT geeft er blijk van dat over de landsgrenzen is gekeken, met name in de Verenigde Staten en Australië. In de Verenigde Staten bestaat (federale) regelgeving over de precontractuele informatieplicht bij franchiseovereenkomsten. In Australië bestaat ook franchiseregeling.⁶² In de reactie op deze internetconsultatie door de Australische hoogleraar Buchan⁶³ blijkt dat in Australië van 1993-1998 zelfregulering heeft bestaan, maar dat dit onvoldoende soelaas bood. Dichter bij huis bestaat ook in België regelgeving over de precontractuele informatieplicht bij commerciële samenwerkingsverbanden. Op 19 december 2005 zag in België de wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten het licht, die niet is beperkt tot franchiseovereenkomsten, maar zich uitstrekt tot alle commerciële samenwerkingsverbanden. De wet is op 1 februari 2006 in werking getreden, op 31 mei 2014 geamendeerd⁶⁴ en opgenomen in het Wetboek Economisch Recht.⁶⁵ De regelingen hebben allemaal gemeen dat zij de franchisegevers een precontractuele informatieplicht opleggen. Dat is ook een van de onderdelen in de NFC. De idee is dat als de franchisenemer in spe precontractueel informatie verstrekt krijgt, hij een afweging kan maken of hij het contract wil sluiten of niet. Naar Nederlands recht ligt dezelfde informatiegedachte mede ten grondslag aan de algemenevoorwaardenregeling. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden kent twee fases. In de eerste fase worden algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst. Deze fase verloopt via artikel 6:217 BW in combinatie met de artikelen 3:33 en 3:35 BW: een kwestie van aanbod en aanvaarding. Daarbij geldt snelle gebondenheid: als de wederpartij van de gebruiker de algemene voorwaarden niet leest, is zij desalniettemin gebonden, aldus artikel 6:232 BW. Die snelle gebondenheid kent stevige *checks and balances* in de tweede fase: de vernietigingsbevoegdheid van de wederpartij, althans als zij niet kwalificeert als een grote partij in de zin van artikel 6:235 BW of een buitenlandse partij in de zin van artikel 6:247 lid 2 BW. Deze vernietigingsbevoegdheid is hoofdzakelijk geregeld

in artikel 6:233 BW.⁶⁶ Dit artikel bevat onder meer de verplichting voor de gebruiker van algemene voorwaarden om zijn wederpartij uiterlijk bij gelegenheid van het sluiten van de overeenkomst te informeren over de algemene voorwaarden. Dit kan worden vormgegeven door terhandstelling, maar ook verwijzing naar een web-URL kan in voorkomende gevallen voldoende zijn.⁶⁷ De achtergrond van de informatieplicht is dat de wederpartij wel moet kunnen weten waar zij aan gebonden raakt. Naast de informatieplicht voorziet de wet in een inhoudelijke toets: indien de algemene voorwaarden in het licht van alle omstandigheden van het geval ten tijde van het sluiten van de overeenkomst onredelijk bezwarend zijn, kunnen de voorwaarden worden vernietigd (art. 6:233 sub a BW). Kortom: op de gebruiker rust de verplichting (1) algemene voorwaarden te bedingen en (2) deze te verstrekken. Daarnaast is de gebruiker verplicht zijn algemene voorwaarden 'redelijk' in te richten, omdat onredelijk bezwarende bedingen vernietigd kunnen worden. Op de wederpartij rust de verplichting⁶⁸ de algemene voorwaarden te bestuderen, omdat zij krachtens de wet ook aan niet-bestudeerde bedingen gebonden is.

De NFC bevat soortgelijke bepalingen: op grond van artikel 3.6 NFC rust op de franchisegever de verplichting precontractuele informatie te verstrekken, die vervolgens op grond van artikel 3.7 NFC door de franchisenemer 'op (financiële) juistheid en haalbaarheid' moet worden getoetst. Dat is wat ons betreft een zinvolle toevoeging, die in een aantal gevallen recht doet aan de informatieachterstand die bij menig franchisenemer zal bestaan.

Het grootste deel van de jurisprudentie en literatuur over franchiseovereenkomsten heeft ook betrekking op de informatieverplichting die de franchisegever jegens de franchisenemer heeft en wordt thans gebaseerd op de commune dwalingsregeling van artikel 6:228 BW.⁶⁹ Het komt geregeld voor dat de franchisenemer de afgesproken omzetten niet haalt en dan met de beschuldigende vinger wijst naar de franchisegever en stelt dat deze hem ofwel een te rooskleurig toekomstbeeld heeft geschetst, ofwel omzetprognoses ter beschikking had moeten stellen op grond waarvan de franchisenemer in spe een gefundeerde keuze had kunnen maken om te beslissen of hij franchisenemer wilde worden of niet. Daardoor heeft de franchisenemer gedwaald, aldus de gebruikelijke positie die in een procedure wordt ingenomen. In de bewoordingen van artikel 6:228 BW betoogt de franchisenemer dan dat hij een overeenkomst is aangegaan die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aan-

62. MvT, p. 19-20.

63. <www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/a0683d84-df65-4006-a1a3-2bff1d7e08ce>.

64. <<http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/Marktreglementering/Handelspraktijken/Franchise/#.WBc8MP6QyUk>>.

65. Nader over de wet en de wijzigingen in 2014: A. de Schoutheete & O. Vanden Berghe, *Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d'information précontractuelle*, TBH 2014/8, p. 739-756. Vgl. ook J.H.M. Spanjaard, *Dwalen over franchise*, in deze aflevering van Contracteren.

66. In aanvulling daarop gelden natuurlijk nog wel de algemene vernietigingsmogelijkheden van art. 3:40, 3:44 en 6:228 BW.

67. Art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 en art. 6:230c BW. Nader over dit onderwerp: J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Informatieplicht*, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2017, p. 183-232.

68. Dit is natuurlijk niet een afdwingbare verplichting, maar veeleer een *Obliegenheit*: de niet-naleving daarvan leidt tot nadelige consequenties.

69. Zie in dit verband nader het artikel van J.H.M. Spanjaard, *Dwalen over franchise*, in deze editie van Contracteren.

gegaan als hij over de juiste voorstelling van zaken zou hebben beschikt.⁷⁰ De norm die te dien aanzien bij franchiseovereenkomsten wordt gehanteerd, is de norm die de Hoge Raad in 2002 in zijn arrest Paalman/Lampenier introduceerde.⁷¹ Deze norm luidt – in het kort – dat de franchisegever niet verplicht is omzetprognoses te verstrekken. Dwaling kan eerst aan de orde zijn als de omzetprognose wordt verstrekt en fouten bevat. In de rechtspraak die sindsdien is gewezen, wordt veelal over de boeg van dwaling geoordeeld en wordt de norm uit Paalman/Lampenier ook binnen het dwalingsleerstuk toegepast.⁷²

Daarbij vertaalt de lagere rechtspraak de regel zo dat een eventueel verstrekte prognose deugdelijk dient te zijn samengesteld, wat in overeenstemming is met het recente arrest Street-One.⁷³ Een grote discrepantie tussen de geprognosticeerde omzet en de behaalde omzet betekent niet automatisch dat de prognose ondeugdelijk is.⁷⁴ Daarbij dient te worden bedacht dat het niet halen van de geprognosticeerde omzet evenmin automatisch betekent dat de prognose niet deugt. Op de franchisenemer rust de bewijslast dat de omzetprognose ondeugdelijk is opgesteld en dat hij daardoor heeft gedwaald. Daarbij blijkt uit lagere rechtspraak dat van de franchisenemer in spe meer en meer eigen onderzoek wordt verwacht en dat hij zich steeds minder op informatie van de franchisegever mag verlaten.⁷⁵ Aan deze uitgangspunten verandert het wetsvoorstel niets, zodat deze rechtspraak zal blijven gelden.

8. De verhouding tot andere regelgeving: algemene voorwaarden

In de MvT wordt verder aandacht besteed aan de verhouding van de franchiseovereenkomst met andere regelgeving, waaronder de aanvullende en beperkende

werking van de redelijkheid en billijkheid en de algemenevoorwaardenregeling.⁷⁶ Hoewel de wetgever zelf summier ingaat op de algemenevoorwaardenregeling, rechtvaardigt het belang van de algemenevoorwaardenregeling in de franchisesector dat wij hier uitgebreider bij stilstaan. In de vorige paragraaf hebben wij al kort de algemenevoorwaardenregeling aangestipt. De gang van zaken tussen franchisegever en -nemer vertoont gelijkenissen met de totstandkoming van algemene voorwaarden. In de regel heeft de franchisegever een sterkere onderhandelingspositie en stelt hij de contracten op. Een reële onderhandelingsmarge bestaat niet voor de franchisenemer, zodat hij de contracten slechts kan accepteren. Dit blijkt reeds uit de parlementaire geschiedenis bij afdeling 6.5.3 BW over algemene voorwaarden. Bij de vaststelling van het huidige artikel 6:231 BW zag de wetgever zich geconfronteerd met de vraag wat algemene voorwaarden zijn en waar deze kunnen voorkomen. Uiteraard komen algemene voorwaarden voor in het document waar de titel ‘algemene voorwaarden’ boven prijkt, maar de wetgever onderkende ook dat veelvoorkomende bepalingen in overeenkomsten die meermalen worden gesloten, als algemene voorwaarden kunnen gelden. De wetgever noemde daarbij uitdrukkelijk het voorbeeld van de franchiseovereenkomst:

‘Ook om andere redenen verdient het aanbeveling het toepassingsgebied van dit wetsontwerp ruim te nemen; het kan immers niet worden ontkend dat ook jegens anderen dan consumenten onereuze voorwaarden kunnen worden gehanteerd. Verwezen zij in dit verband naar H.J. Sluyter, Standaardcontracten (1972), p. 11 e.v., N.J. van de Sande Bakhuyzen, W.P.N.R. 5478 (onder 6) en Advies R.M.K. 1975, p. 14-15, alwaar bijv. worden genoemd mestcontracten voor slachtkuikens, overeenkomsten ter exploitatie van benzinepompen, inkoopvoorwaarden opgelegd aan een toeleverancier en franchising-contracten; bij deze laatste verkeert de franchise-nemer in een afhankelijke positie tegenover de franchise-gever, hetgeen leidt tot voor de nemer ongunstige wellicht onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Derhalve heeft het ontwerp betrekking op ieder gebruik van algemene voorwaarden, ongeacht de persoonlijke kwaliteit of rechtsvorm van gebruiker en wederpartij.’⁷⁷

Ook in de MvT bij het wetsvoorstel franchise wordt erkend dat bepalingen in franchiseovereenkomsten als algemene voorwaarden kunnen kwalificeren.⁷⁸ Ongelukkigwijze gaat de wetgever er in de MvT bij het wetsvoorstel franchise van uit dat pas sprake is van algemene voorwaarden indien de franchisegever een beding standaard hanteert in *alle* franchiseovereenkomsten.⁷⁹ Dat is onjuist. Wellicht dat lezing van artikel 6:231 onder a BW (‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde

70. De juiste voorstelling van zaken kan afwezig zijn indien de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij (art. 6:228 lid 1 onder a BW), indien de wederpartij heeft gezwegen waar spreken plicht was (art. 6:228 lid 1 onder b BW) of indien beide partijen over en weer van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan (art. 6:228 lid 1 onder c BW).

71. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier).

72. J.H. Kolenbrander, De ‘prognoseproblematiek’ revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever, *Contracteren* 2012/4, p. 159-162. O.a. Rb. Gelderland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387 (Bart’s retail); Rb. Den Haag 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753 (Street-One); Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:455 (Tot Straks).

73. Vgl. o.a. Rb. Noord-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:173; Rb. Limburg 26 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2557 (Multivlaai); Rb. Overijssel 9 april 2014, ECLI:NL:ROVE:2014:1985 (Otto Simon); Vzr. Rb. Rotterdam 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8895, NJF 2014/479.

74. Rb. Noord-Holland 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, PrG 2015/45, NJF 2015/70 (Albert Heijn).

75. Zie hierover en over de rechtspraak de bijdrage van J.H.M. Spanjaard, *Dwalen over franchise*, in deze editie van *Contracteren*.

76. MvT, p. 13 e.v.

77. PG Boek 6, p. 1455.

78. MvT, p. 15.

79. Zie MvT, p. 15.

in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen') tot nadere reflectie over het bestemmingscriterium kan leiden. De huidige norm 'alle' is te zwaar.

De MvT bij het wetsvoorstel franchise suggereert verder dat bepalingen die in franchiseovereenkomsten voorkomen en die in strijd zijn met de NFC, als onredelijk bezwarend moeten worden beschouwd. Kennelijk doelt de wetgever aan toetsing aan artikel 6:233 onder a BW, hoewel ook artikel 6:248 BW een rol toebedeeld krijgt van de wetgever.⁸⁰ Zowel artikel 6:233 onder a BW als artikel 6:248 BW dwingt echter tot een omstandighedentoetsing, waarbij alle omstandigheden van het geval gewogen moeten worden.⁸¹ Strijd met de NFC is een van de relevante omstandigheden, maar kan niet op zichzelf tot strijdigheid met artikel 6:233 sub a of artikel 6:248 lid 2 BW leiden. Onder meer de verdere inhoud van de franchisecode en eventueel de aanwezigheid van compenserende bepalingen elders in de algemene voorwaarden zijn ook van belang. Los daarvan zien wij geen goede rechtvaardiging voor de mogelijkheid een beding te vernietigen of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten zodra niet goed gemotiveerd van de NFC wordt afgeweken. Van aanvullend recht kan als uitgangspunt worden afgeweken, ook bij algemene voorwaarden, en wij zien geen goede reden om een vorm van zelfregulering een status aparte te geven. Wij verwijzen verder naar hetgeen wij in paragraaf 2 en 6.3 opmerken over de wijze waarop de NFC kracht van wet moet krijgen.

Verder maakt de MvT nadrukkelijk de connectie met de het leerstuk van de niet-nakoming (art. 6:74 e.v. BW). Het niet naleven van de NFC levert volgens de MvT een toerekenbare tekortkoming op, omdat de NFC uit hoofde van de wet verbintenissen in het leven roept.⁸² Bedacht dient te worden dat de NFC is opgedeeld in precontractuele en contractuele verplichtingen. De precontractuele verplichtingen eindigen zodra de overeenkomst is gesloten. Eventuele precontractuele defecten kunnen dan worden geadresseerd via de wilsgebreken (zoals dwaling) of via de vernietigingssanctie van artikel 7:399g lid 4 (ontwerp) BW. De MvT maakt echter geen enkel onderscheid en gooit de contractuele en precontractuele verplichtingen ten onrechte op één hoop.

ver – dit wetsvoorstel niet de manier is waarop dat wat ons betreft zou moeten worden vormgegeven. Naar ons idee verdient wetgeving over een voor de Nederlandse economie zo belangrijke branche als franchise een beter gefundeerde en meer uitgedachte wet die het onderwerp in extenso regelt. Een wetsvoorstel dat in wezen louter voorziet in een haakje om een brancheregeling die niet eens door de gehele branche wordt gedragen, de status van een wettelijke regeling te geven, en waaraan de wet hogere eisen stelt om van af te wijken dan van regulier aanvullend recht, voldoet daar wat ons betreft geenszins aan. Hopelijk bereikt het wetsvoorstel niet de status van wet en doet de wetgever eerst beter zijn huiswerk alvorens een gedegen inhoudelijk nieuw wetsvoorstel te initiëren.

9. Afronding

Dit is een langere Actualia dan gebruikelijk, maar de franchisewetgeving is ingrijpend en raakt aan het *hard-core* algemene contractenrecht. Beschouwend zijn wij van mening dat – als franchisewetgeving al nodig is, wat nader onderbouwd zou moeten worden door de wetge-

80. MvT, p. 15.

81. R.H.C. Jongeneel, *Gebondenheid*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 136-144.

82. MvT, p. 14. Daarbij wordt verwezen naar art. 6:248 lid 1 BW. Dit artikel is evenwel niet nodig om tot gebondenheid te komen; de gebondenheid volgt immers al uit art. 7:399f en 7:399g BW. Het gaat dus om rechtstreeks uit de wet voortvloeiende verbintenissen.

Al meer dan 10 jaar succesvol!

De Hoge Raad getoetst

8 december 2017

Het duo Drion en Van Wechem schijnen een hele dag – op de bij hen passende en kenmerkende wijze – hun licht op recente arresten van de Hoge Raad.

Controversiële en conflicterende standpunten worden niet gemeden en het publiek is van harte welkom om er een schepje bovenop te doen.

Op vrijdag 8 december 2017 van 10 tot 17 uur in de BCN Arena te Amsterdam.

Prijs is **€595,-** (excl. btw) inclusief lunch en 6 PO-punten!

Wacht niet te lang met inschrijven!

Vandaag nog doen!

Snel aanmelden op www.dehogeraadgetoetst.nl

VU LAW
ACADEMY

Leergang Verdieping Contractenrecht

Contractenrechtelijke kwesties
vanuit een breed perspectief structureren,
aanpakken en over adviseren

Start: 30 oktober 2017

Meer informatie www.vulaw.nl

VU  VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN

